

夫婦間の「代理」と財産の自律

著者	佐藤 啓子
雑誌名	東京商船大学研究報告. 人文科学
巻	51
ページ	13-26
発行年	2000
URL	http://id.nii.ac.jp/1342/00000595/

夫婦間の「代理」と財産の自律

Vollmacht oder Vertretung zwischen Ehegatten und ihre Vermögensautonomie – bezug auf BGHZ 108,98 – von Hiroko SATO

Zusammenfassung

Die Abhandlung behandelt die Begründung und die Wirkung von “Schlüsselgewalt” in Japan vor dem Hintergrund eines BGH-Urteils.

§ 761 japanisches BGBs(nach “Das japanische BGB in deutscher Sprache”, übersetzt von Prof. Dr. A.Ishikawa u.a.) lautet:

Hat ein Ehegatte mit einem Dritten ein häusliches Geschäft des täglichen Lebens abgeschlossen, so haften beide Ehegatten für die daraus entstehenden Verpflichtungen als Gesamtschuldner. Dies gilt jedoch nicht, wenn der andere Ehegatte dem Dritten vorher angezeigt hat, dass er für die Verpflichtung nicht eintreten werde.

Nach ihrem Wortlaut schafft diese Vorschrift nur die Grundlage für eine Gesamtschuld. Deren Wirkungen dürfen nicht mit Vertretung vermischt werden. Die Regelung mag zwar idealistischerweise von vermuteter Bevollmächtigung zwischen Ehegatten ausgehen, die Wirkung soll sich aber von Vertretung genau unterscheiden.

Die herrschende Literaturmeinung in Japan sowie der japanische Oberste Gerichtshof(Urt. vom 18.12.1969, Minshū 23,2476) sehen § 761 jBGB trotzdem als Vertretungsregelung an. Es fehlt dabei an der Unterscheidung zwischen Befugnis und Vertretung.

Bei der Fallanalyse ist BGHZ 108,98 nützlich. Eigentlich ist die Entscheidung nicht zur Vollmacht selbst sondern zur Inhaltskontrolle des § 9 AGBG bei gegenseitigen Vollmachtsklauseln ergangen. Die Urteilsbegründung des BGH erläutert Unbilligkeiten bei der Blankovollmacht. Das Urteil erhält viele Hinweise zu Problemen der Vertretungswirkungen. Wenn die Wirkungen von § 1357 deutsches BGB und der angenommene Vollmachtsklausel verglichen werden, zeigt sich, wie die gegenseitige Blankovollmacht großen Einfluss auf die Vermögensautonomie der Klauselverwendeten haben kann.

I 序

この小稿で紹介するのは、二人の連帯債務者に相互的代理権を付与する融資契約約款に対するドイツ連邦通常裁判所（BGH）の判断である。あくまでもここで紹介するのはドイツ約款法（AGBG）に基づくある約款条項の有効性に関する判例学説であって、代理権そのものの有効性に関するものではない。

AGBGの判例研究に、なぜこのようなタイトルがついたのか。それは、この事件は日常家事行為規定について代理権を伴うと解釈する場合にどのような結果を伴うかを暗示するからである。約款使用者は銀行であるが、

通信販売のローン提携販売におけるローンを営業の中心とする金融機関であり、現に銀行側はこの約款条項は借主が夫婦の場合を想定して作成したと抗弁している。しかも、この事件に対する判決理由は家事債務規定の範囲をめぐる日本の解釈と対照的である。

わが国の民法761条本文は「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたときには、他の一方は、これによつて生じた債務について、連帯してその責に任ずる。」と規定する。最判昭和44年12月18日民集23巻12号2476頁は、この条文は代理権をも含むものと解している。しかし、正確に言えばこの条文の性格ないし根拠が代理であるのか、それとも実際この条文により代理権が生じるのだろうか。もし代理権そのものを肯定するならば、法定効果とどこが異なるのだろうか。

以下では、ⅡにてBGH Urt.vom 22.6.1989(BGHZ 108,98)[1]を紹介する。本論文では、Ⅱで紹介するケースを一貫して本件事案、この判決を本判決と呼ぶことにする。その後Ⅲで、関連判決および学説を紹介する。そしてⅣでは、Ⅱ・Ⅲに倣いながら、日本の日常家事債務について考察する。もし実際にこの規定が代理権そのものを認めるものならば、認めない場合と比べてどこがもっとも違うのか。また761条の適用範囲を決める際には何を考慮しなければならないか。本判決を使ってこの点を検証したい。

Ⅱ 事例の紹介 —BGH Urt.vom 22.6.1989—

事実と経過

原告Xは消費者団体である。被告Yは金融機関であり、割賦返済の融資のみを行っており、特に通信販売会社と提携している。XはYに二つの約款条項の使用差し止めを求めている（AGBG13条2項1号）。本論文が問題にしたいのは以下の条項である。

代理条項：第一借主と第二借主は、この信用に対し連帯債務を負い、書面により撤回されるまで、互いにYのすべての意思表示の受領及び支払猶予と支払期間延長の申請について、相互に代理権を持つ。

第一審 [2] および原審 [3] はこの条項を無効と解した。第一審では、受動代理では連帯債務の相対効の原則（BGB425条）から外れることでAGBG9条2項1号（筆者注 重要な法的思想にそわない場合）の推定を破れなかったこと、及びAGBG10条6号（意思表示到達の擬制の禁止）に反すること、能動代理では他方債務者に予想外の負担を与えることを理由とする。原審では、能動代理を認めない根拠は同様であるが、受動代理に関し、相対効の原則そのものはこの条項では変わらないが、銀行側からの解約という重大な事実は各当事者に伝えるべきであることを理由とする。BGHも同様の判決を下した。

判決要旨

1 この代理権はすべての意思表示に及び、すなわち契約終了の意思表示にも及ぶ。この条項はAGBG9条2項1号による無効にはならない。確かに相対効は連帯債務の規定の重要な基本思想に属する。しかし、425条はこの条項によって失効しているわけではない。この条項は、むしろ受動代理により、相対効の原則を排除している。

しかしながらこの条項はAGBG9条1項により無効である。なぜならばそれは信義誠実の要請に反してYの契約相手を不当に不利にするからである。借主の相互的な代理は相対効という立法上の典型に内容上矛盾し、それを認めるに値する必要性はない。

複数の連帯債務者は、互いに共同体関係に立たないので、425条の原則によって消費貸借債権は各に対して別々に履行期になる。この規定を無効にする約款条項は、疑わしい場合には無効となるであろう（AGBG9条2項1号）。Yは、自己の約款で、連帯債務を負う借主の、解約意思表示さえも受領する相互的な代理を予定することで、425条に反して絶対効をもたらそうとし、またAGBG9条2項1号の法律効果を避けようとしている。Yはそれにより、借主に知らせることなく消費貸借を履行期にする可能性を入手する。この規定によりYは相対効原則の裏をかく。

それだけではなく、この条項はA G B G 10条6号に含まれる法的思想と一致しない。この条項はその効果において意思表示到達の擬制と同じ価値をもつ。このことはA G B G 9条1項の枠内での判断であわせ考慮されるべきである。

この条項の存続に際して保護に値すべきYの利益は見当たらない。このような契約の実行が一人の債務者との契約よりも高い管理費用を必要としていることは、当然のことである。それはYが甘受すべきである。それに対して、各借主の、彼に対してなされた信用解約をただちに知る利益は、明白である。Yと解約の「撤回」についての交渉をはじめ、借り換えを試みまたはその他の裁判所での交渉を避ける手段を講じることは、この利益によってはじめて可能になる。Yが有効な解約をその借主との交渉に基づかずに行う必要があるとしても、その事実によりこの判断は変わらない。

Yはまた、多くの借主がその行動を代理条項に合わせ、したがって必要な場合には彼に届いたYの意思表示を他方債務者に転送することを前提とすることもできない。これについては、完全な婚姻での夫婦同士の関係においては一定の蓋然性があるかもしれない(Wolf-筆者注 この点についての彼の学説はⅢ1②参照)。しかしこのことは、別居しているときにはその他の連帯債務者の場合と同様確実視できない。その他の点で、共同借主は、連帯債務関係に基づいては相互的な調査義務や報告義務を負わない。というのは、連帯債務関係は彼らの間で共同体関係の基礎とはならないからである。

最後に、受動代理がいつでも撤回可能だからといって、それにより借主が不適切な不利益を負うことは否定できない。撤回が将来のみに効果を有することはさておくとしても、借主が契約締結後すぐにその撤回権を行使するという仮定はしにくい。代理条項は明白に、このようなことが起こらず、Yが組織的な負担軽減を徹底して行うことを目的としている。

- 2 代理条項は、借主の相互的代理が、支払猶予と支払期間延長の申請について予定されている点でもA G B G 9条に反している。

分割払い信用契約における約款条項により複数の申請者がさらなる追加融資を互いのために受ける代理権を互いに有している場合、その条項は借主を不当に不利にすることは一般的に認められている(OLG Frankfurt-筆者注 この裁判例についてはⅢ2①参照)。なぜならば、それは彼らに見積もり不可能な責任リスクを負わせるからである。その他においても、代理が各借主に、他の借主に些細とは到底いえない債務を負わせたりその他の負担をさせる行為を許す場合、銀行の視点からそのための大きな必要性があるとはいえないときには、このような条項はA G B G 9条1項により無効である可能性がある。この要件はここでは満たされる。

問題となっている条項は、さまざまな事例の間で細分化をしていない。この条項によれば、一人の借主は、他方がすでに契約を履行できる状態になっているときにも支払猶予や支払期間延長を他方のために有効に申請することができる。それはA G B G 9条1項と合致しない。

Yはこの条項の適用に、保護に値する利益を持たない。借主の一人のみが支払困難に陥り他の借主がその消費貸借債務を(引き続き)払えるならば、両連帯債務者に対する契約の統一的な進展は妨げられない。そのとき支払猶予や支払期間延長は必要ない。また、Yがこのような場合に他方の借主に契約履行を請求したとしても、さしたる困難は生じない。

このような場合では支払猶予や支払期間延長は、利益の支払いや弁済の支払いの準備のできている第二の借主の利益と明らかに矛盾する。この種の契約変更は通常、すべての契約当事者、特に支払い準備のできている借主の観点からして余計であり、取るに足りないとはいえない費用を引き起こす。受動代理が無効であったとしても、このような借主の保護にはならない。

Ⅲ 学説の紹介および判旨の検討

1 受動代理の場合

① 概論

約款の有効性が争われたとき、その結論は、有効および無効とならんで、制限的に解するという三種類がある。すなわち、約款により相手方に不合理な負担が生じた場合であっても、相手方に大きな必要性があれば、約款の有効性が保たれる可能性がある。ただし、有効な範囲は必要性の部分に限られる。BGHは本判決の前年に、本件事案とは性格の違う事例で、連帯債務者間の相互的な代理権を定めた約款の効力を内容的に制限した判決を出している [4]。

もちろん有効もしくは無効と解する可能性もある。下級審判決は、本件と類似する約款を有効または無効と解していた。すなわち、一方ではOLG Zweibrückenが、複数契約当事者間の相互的受動代理を定める約款はAGBG10条6号に反しないという決定を出していた [5]。また、OLG Köln [6] は、夫婦の間で通知を行いまたは受け取る代理権を相互に認める約款条項を有効と解していた（②参照）。反面、OLG FrankfurtやLG Berlinは夫婦間の代理（後者のケースではすべての意思表示の能動代理権も含む）を定める約款条項を、連帯債務の相対効を定める425条に反するとして無効と判示していた [7]。このように、各事件の下級審が対立する中で、BGHがいかなる決定をするか注目されていたのである。

この三種類の結論のなかで、BGHは無効という選択肢を選んだ。本判決は、受動代理を定める条項はAGBG10条6号には反しないと判示した。またこの条項を、BGB425条（連帯債務の相対効）そのものを失効させるわけではないと位置付けた。しかし、受動代理条項は右の両条文の精神に反し、その点は9条解釈に生かされるべきと判示した。また、信用の解約をただちに知る債務者の利益は明白である。以上二点が根拠となる。反面、銀行の重大な利益は認められなかった。担保管理費用の負担は銀行が負うべきであり、その節減効果を債務者に転嫁すべきではないからである。

学説は、少数の反対説を除き [8]、このような、すべての意思表示を受領する権限をもつ代理権を連帯債務者に与える条項はAGBG9条にかんがみ無効と解している [9]。

学説が9条違反と解釈する根拠も基本的に判例で述べられてきた点に尽きる。つまり、受動代理は到達擬制（AGBG10条6号）にはならないが、到達擬制の禁止の基本思想には9条解釈に生かされるべきである [10]。BGB425条2項の相対効原則 [11] ないしその精神 [12] に反する（後者の場合には9条解釈に反映する）。負担を生じさせる結果を伴う重要な意思表示に関することなので、各当事者に確実に知らせるべきである [13]。

それに對置される銀行の利益として、担保の管理コストが軽減されるという面があるが、銀行はその不利益を甘受しなければならないし、実際両者に通知することは銀行にとって簡単なことである [14]。Wolfによれば、銀行側は保証と連帯債務を区別しなければならず、保証における利点を連帯債務の時の利点と結びつけることは、約款を利用するという手段ではできない [15]。

原則有効と解する見解は、解約に至る遅滞そのものが債務者によって引き起こされたこと [16]、あるいは、連帯債務を負った時点で「近い関係」にあり、受動代理に関しては撤回可能であること [17] を根拠とする。

両債務とも遅滞にあるのなら銀行は融資契約を解約することができる。すでに遅滞に陥り解約の要件が調っている者に対し、解約の「撤回」の可能性を示唆して受動代理を否定するのは、形式論理からは外れている。しかし、すべての意思表示を受領する権限のある代理人がいる限り、債務者は自らの遅滞を知らないだけかもしれない。

受動代理条項を否定したところで銀行にとって両債務者に通知することは簡単であり、受動代理条項を否定しても銀行は実際にはさしたる不利益を受けない。

また本件判決では単なる連帯債務関係の場合には共同体関係に立たないことが強調されている。すなわち、連帯債務では互いに独立して履行期になるし、各債務者は他の者に問い合わせをしたり報告したりする義務を負わない。[18]

② 夫婦関係の存在

この約款条項は夫婦に適用される限りでは害がないのであろうか。本件でYは、通常この約款は夫婦に使われると主張した。現にOLG Kölnのように夫婦間ではこの約款条項は有効であると解する下級審もあった[19]。

第一審判決は受動代理と能動代理の両方について、夫婦のように緊密な生活関係があれば正当化されようとする。なぜならば、両債務者の中で情報が行き来することが容易に期待できるからである。しかし、この条項は明文で夫婦と限定していない点が問題であるとする。

それに対して原審判決は、受動代理に対して、この条項は通常夫婦に対して使われると抗弁することはできないと述べる。なぜならば、まず、この条項が夫婦に対して使われると限定されていないからであり、そして、夫婦の間でも、一方配偶者が他方配偶者になされたすべての意思表示を事実上知りうるとは到底保証できないからである。そして別居や離婚の時には特にこの条項の不当性が明らかであると述べる。

この時点での肯定説と否定説を挙げておこう。Wolfの原審に対する評釈は夫婦間の代理条項を肯定しており[20]、この評釈は本判決も引用している(II 1)。彼は以下のように述べる。夫婦間では法定代理権限や他方配偶者に義務を負わせる権限が広範に認められることは1357条より明らかである(筆者注 この見解はあまり一般的ではない。1357条に関してはIV 1参照)。このように法律を評価すれば、夫婦間のさらなる任意代理条項も正当化できるが、その際には1357条の適用される法律行為を著しく超えた任意代理条項はAGBG 9条により不当とされよう。1357条の周辺領域に代理権限を拡大するのはAGBG 9条に反しない。しかし1357条3項により、別居夫婦では代理条項はもはや正当ではなく、その点で原審の抱く疑念は正しい。Henzenも相互的代理条項一般について、円満な夫婦関係にある者の間では問題ないと述べる[21]。

それに対しGrabaは、夫婦間であっても解約権の行使と受領に関する相互的代理権を(貸借について特に)原則無効とする。契約の存続が問題になっている場合にはこのような代理権の存在は代理権授与者の権利を剥奪していることになるのが根拠である[22]。

本判決も、夫婦が円満な場合には情報のやりとりで一定の蓋然性があるかもしれないが、別居の場合にはそのようなことは保証できないと述べる。

夫婦さえ情報のやり取りを期待できるとは限らないということを理由に、本判決は条項の適用を制限するのではなく条項そのものを無効とした。もっとも、円満な同居配偶者にこの条項の効果を限定してもあまり意味はないと思われる(意思表示の到達の解釈で処理可能である)。結局Wolfも改説したようである[23]。

ただし、①の最後で述べたように、一つ意思表示で済むところが二つ必要になったところで、銀行がそれだけの負担をすれば従来と同様の結果を招くことができるため、次の能動代理に比べても、銀行にとっては受動代理権に関する条項が無効であってもそれほど影響はない。

2 借主からの支払猶予と支払期間延長申請についての能動代理の場合

① 概論

ここでは筆者の能力の関係上、上の二つ以外については必要な限りで触れるにとどまる。

本判決でも引用されているように(II 2)、OLG Frankfurtは追加融資契約の相互的代理権を無効とした。借主にとってリスクが計算できないことを理由とする[24]。本判決の後でもBGHは、同様の理由を用いて共同口座へ債務を繰り入れる代理権を無効と解した[25]。

支払猶予と支払期間延長申請は、解約を避けられるという点で借主にとって有利であり、その点で追加融資

とは違うようにも見える。しかし資力ある借主にとって、他人の行ったこれらの行為により自動的に自らにも利息の負担が生じることを意味する。支払額が高くなる可能性があり、自らの負担がどこまで増えるか予見不可能となる。原審の述べたとおり、支払猶予と支払期間延長は借主にとって利益ばかりではないのである。第一審判決は、このような代理権は借主にとって一種の白紙委任であってリスクの予想が不可能であるので、不意打ちに近く、追加融資契約と同様納得できないし、他方で銀行の正当な利益は認められないと述べている。

借主の利息負担およびその計算可能性に配慮するこのような判示が、何百万もするような借財においてではなく通信販売を念頭においた約款について行われていることは注目に値する。

やはり、学説もこのような条項を無効と見る見解が圧倒的多数である [26]。理由は、利息の負担が重くなることそれ自体 [27]、そして自らのリスクが計れなくなることである [28]。

能動代理条項が無効であるということは、連帯債務者間の了解がない場合には、銀行がそのマイナスを負担するということになる。ただし、了解がなくともその行為は銀行と行為当事者との間では有効であるから、債権者側は収入が増える可能性を一部は手に入れたとも言える。 [29]

② 夫婦について

第一審判決は、1②で紹介したとおり、円満な夫婦間の能動代理条項を肯定する。しかし原審判決では、別居後または離婚後のことをまず指摘し、配偶者の一方が、他方に、彼に問う必要なしに、多くの付加的費用で負担をかける権限をもつことは不可能であると述べる。本判決は夫婦の場合について特に判示していない。

学説は、特に夫婦の場合について述べることは少ない。Wolfは、消費貸借について夫婦に連帯債務を負わせる代理条項は無効であると述べる [30]。Grabalは、代理権が契約の進展に関するものであるかぎり能動代理も受動代理も適切であると述べているが、他方配偶者のみが将来負う債務について連帯債務を生じさせる夫婦間の相互代理条項を否定する [31]。ここから考えて、両者の見解では支払猶予申請の代理条項は認められないのではないかと推測される。

その他、①では無効と解しておきながら夫婦に関しては態度未定とする者もある [32]。

金銭債務の履行可能性は短時間で大きく変化することもあることから、1②のように連絡可能性を根拠に代理権を認めることもできないものと考えられる。

3 書面による撤回可能性

代理条項が本来無効であると考えられても、代理権が撤回可能であれば瑕疵は治癒されるか。

1②で見たようにOLG Köln [33] は、夫婦間の相互的代理権を認める約款条項を有効と解し、その上もし離婚に至った場合にこの代理権を撤回するのは夫婦自身の問題であると判示した。しかし本件第一審判決および本判決は、撤回の遡及効が今まで生じた法律効果にまでは及ばないこと、撤回権の認識可能性ないし行使可能性が疑わしいことを理由として、この撤回権は代理条項の無効に影響を及ぼさないと判示した [34]。

学説の多くも本判決と同様の結論を導く。その理由としても、撤回するかどうかのリスクは本人が負っていること、その可能性は普通明瞭にわかるものではなく、撤回はもう行われてしまった行為を遡及的に除去するものではないこと [35]、撤回可能性はほとんどないこと [36] と、判示と同様の理由が挙げられている。

撤回可能性と「近い関係」を理由として相互的受動代理条項を有効と解する見解も [37]、能動代理に関しては撤回可能性を度外視する。なぜならば、撤回は将来にしか効力を持たないことから、すでに成立した債務は除去できないからである [38]。

IV 日本の日常家事債務規定への示唆

1 日常家事債務規定の性質

本件事件の被告は銀行となっているが、この銀行は分割払い通信販売に関するローン提携を業務の中心として

おり、信用の額としては日本の日常家事債務の事例と比べうるものと考えられる。

この論文で紹介したのはあくまでAGBGに関する解釈論である。これを右から左に日本の日常家事債務規定の解釈に流用することはできない。

しかし、約款条項の効果は契約しなければ及ばないが、婚姻すればほとんどの者が（説によってはすべての者が）日常家事債務規定の下に置かれる。本件事案と異なり、日本では、書面でなくとも761条適用を回避することはできる（同但書）。しかし、一方配偶者が「第三者に対し責に任じない」旨を予告するという事例は、本件事案での書面による撤回以上に考えられない。このことを考えると、日常家事債務の適用範囲をむやみに広げることにはあってはならない。

ドイツにおける日常家事行為規定は以下のような条文である [39]。

- 1357条 I 各配偶者は、各自の生活需要を適度に充足するための法律行為を他方配偶者へも効果が生じるように行う権限を有する。特段の事情がない限り、両配偶者はそのような行為によって権利を有し義務を負う。
- II 一方配偶者は、自分への効果を伴って処理される他方配偶者の行為権限を、制限または排除することができる。制限または排除に十分な理由がない場合には、後見裁判所は申し立てによりそれを撤回することができる。制限および排除は第1412条（筆者注 区裁判所への登記又は相手方の悪意）によってのみ第三者に対してその効力を有する。
- III 両配偶者が別居している場合には、第1項は適用されない。

この条文が両配偶者に連帯債権および連帯債務を発生させるにもかかわらず、現在この条文は代理ではなく法定効果の性格を持つと解されていることは、以前筆者が紹介したとおりである [40]。この条文の性質として違いを留保しつつ法定代理を取り上げる見解もあり [41]、日常家事行為規定に代理の条文を類推適用する見解は多い。しかしⅢ 1 ②で紹介したWolfのように1357条を法定代理として論じることは非常に珍しい。日常家事行為規定の真髄は、一方配偶者が、他方配偶者に対する代理意思を持たずかつ他方配偶者の名をあげずになした行為について、他方配偶者に責任を負わせ、それでいながら自らにも責任を生じさせる点であるからである。

それに対して、日本の民法761条は文言上連帯債務のみを規定する。その根拠として法定効果説と代理説が対立したことは周知の事実である。

筆者には、761条の性質として法定効果しか考えられない。その理由はドイツ法の多くの見解と同様である。すなわち、行為配偶者に頭名も代理意思も要求することなく、しかも非行為配偶者への他者効のみならず行為配偶者への自己効も生じさせることがこの条文の特性であると捉えているからである。この特性ゆえに、761条の権限は代理とは呼べず、法定効果と表現するしかない。日常家事について代理行為が頻繁に行われるのはあたりまえであって、それが761条の適用範囲の判断に混入しているのであるが、それはあくまで代理であって761条の本来的適用範囲ではない。

以下は筆者の見解ではないが、この条文の由来を推定的代理と解することは可能であるかもしれない。しかし、それはあくまでこの条文の存在理由としての説明であって、実際に代理権が夫婦の間にあるとすればそれは夫婦の間で婚姻生活運営のために合意がなされその話し合いの中で任意代理権が設定されたからである。

ところが、前掲最高裁判決（I）は、連帯責任のみを規定しているように見えるこの条文が代理権をも含むかのような判示を下した。すなわち、性質だけではなく効果まで代理権を伴うと判示したのである。

761条の根拠を推定的代理とみると、その効果として実際に代理権を伴うと考えるのとでは、特に受動代理事例の考察内容が全く異なる。

その原因の一つは、「夫婦の一方が日常の家事に関して第三者と法律行為をしたとき」という文言である。法

定効果説では意思表示の受領がこの文言に含まれるとは解釈しにくい。それに、この文言に入ってしまうばいやおうなしに配偶者に累が及ぶことを考えれば、この文言の適用範囲を慎重に扱わざるを得ない。したがって、行為時で両配偶者に連帯債務が帰属し、その後の絶対効を伴う事由（または更なる日常家事行為による変更）が生じなければ各連帯債務は独立した運命をたどるとい原則になるべく沿って考えるべきである。

しかし、そもそも日本の761条解釈は、日常家事の範囲を広く解している。また、代理説ではひとつの法律行為がなされたときにそれに伴う単独行為を行いまた受けることも代理権の範囲内と考えやすい。しかし元となった法律行為と後の単独行為との間の時間的間隙が人間関係の変化を作りやすい。それでいながら意思表示を受けるときには事前の配偶者同士の意思疎通は考えられない。761条解釈として顕名は不要と解されていることより、同条が受動代理権を伴うとすれば、日常家事とされる範囲で第三者が行った単独行為は、両者を名宛人としなくとも両者に効果を生じるであろう。売買のときに顕名を要しないのに受動代理には顕名を必要とする理由もない。（4も参照）

ここでは、本件事例にならって、ローン提携売買における解約意思表示の受領という事例で、何を検討しなければならないか、Ⅲに則してシミュレーションしてみたい。日本では一般的に借財についても日常家事債務の適用がありうると解されている。筆者は単なる借財について761条を適用することには否定的であるが〔42〕、本件のようなローン提携売買の時には、目的物によっては761条を適用せざるを得ないであろう。

本判決では包括的受動代理権のときの問題事例として解約そのものが論じられているが、実際には、すべての意思表示の受動代理権があるとするならば、解約前の催告も受動代理により到達「擬制」されている可能性があるため、場合によっては本当に債務者が自らの遅滞を知らぬ間に解約されていることもありうる。このシミュレーションは意思表示の受領のみならずいわゆる準法律行為の相手方となったときにも使うことができる。ただし連帯債務という問題を後で論ずることにする（4参照）。

民法544条に基づき二者に解約しなければならないところ、一者ですますために二者に相互的な受動代理を認めるのならば、一方が他方に対してなされた意思表示を知る可能性があることが望ましい〔43〕。夫婦が同居している多くのケースでは、意思表示の到達時を解釈することによって、代理権がなくとも到達したと評価することは可能であろう。ただし意思疎通のない同居夫婦の存在も今後は考慮の必要があろう。別居の際に日常家事債務を適用するか否かを考える際は、もちろん別居そのものをいかに捉えるかが重要となる。離婚の前提としての別居と、単身赴任・出稼ぎその他の、婚姻関係以外の事情に基づく別居とを分けて考える〔44〕。

前者の場合には、日常家事に属する行為をしたときすでに別居の前段階に入っていたケースでは、共同生活をしていないことこそ、日常家事債務規定を否定する根拠とならねばならない〔45〕。しかし、融資の時には同居していた夫婦が解約意思表示までに別居にいたったのに、それが第三者に知らされなかった場合には、受動代理権が第三者が事情を知るまで続くと考えらるべきであろうか〔46〕。配偶者間で受領意思表示の転送がされるなど期待できるはずがない。同居時の融資に関するにもかかわらず受動代理権を別居をもって終了させる場合には、すでに融資契約の効果が両配偶者に及んでいることから、金融機関は両配偶者に解約意思表示をしなければならない。しかし、受動代理権が継続すれば、出て行った側の資力にかかわらず解約手続きは進んでいくことになるであろう。最後の一括支払のみが出て行った側に押し付けられる可能性もある。

後者の場合、すなわち婚姻関係以外の事情に基づく別居の場合が、日常家事債務を別居にも適用すべきとされるときの中心的ケースとされるであろう。受動代理を考えるとときにも、意思表示転送のリスクを夫婦側に負わせることは不可能ではない。しかし、顕名不要原則はこの期待をうすいものにする。ローン提携売買により日常家事に属する購入行為が行われて、支払いが滞り購入者に解約告知が届いたときに、購入者が他方配偶者へこのことを連絡しなければならないと思いが到らないことも多いであろう。

他方、金融機関にとって、解約意思表示の効力が受動代理に基づいて購入者の配偶者に及ばなかったとしても、それほどの不利益ではない。なぜならば、両債務が遅滞にあれば金融機関はあらためてその者に対して解約して

即時の弁済を求めることができるからである。もっともその者がそれを知って、解約前に本来なされるべき弁済を提供するかもしれない。解約により本来の期限よりも前に期限が到来しなくても、本来の支払額と遅延利息を受けとれば金融機関としては不満はないはずである。そう考えると夫婦側の受動代理権を否定し夫婦双方に対する連絡を第三者側にとらせても、相手方にはそれほどの負担ではないはずである。受動代理に関する金融機関の利点はわずかである。それに対して別居配偶者側の不利益は大きい。

一般的には、離婚を前提とする別居では761条の適用は否定、それ以外の別居では肯定されているものと思われる。しかし、別居にいたった経過を見分けることまで第三者に要求できない。そして第三者に両配偶者への意思表示を求めてもさほどの負担とはならない。他方、別居配偶者に一律に761条の負担をかけることは前者のケースが許さない。後者の場合には、婚姻費用の分担がなされているはずであるから、前者に伴って後者もへ日常生活の適用範囲から外すほうが、全体的に、言うなれば無難と考える。

以上のような代理説に対して、法定効果説ではあくまで761条の文言に解約意思表示受領が含まれるか否かを考えることになる。この購入行為およびそれに付随する融資行為が日常生活に含まれる以上、解約意思表示を受けると含まれると解し、購入者にのみ解約がなされ他方配偶者は全く名宛人になっていないにもかかわらず他方配偶者も一括弁済の責めを負うという考え方も可能である。ただし筆者は解約意思表示は761条には含まれないと解した上で、同居の場合には意思表示の到達の問題として処理したい。上で考察した夫婦間の連絡可能性については法定効果説にも参考になるところが多い。

2 日常生活規定の適用範囲を考える一事例としての支払猶予・支払期間延長

ここでは、日常生活規定の適用範囲を考察するにあたって、Ⅲ 2 で扱った点を取り上げてみたい。

民法761条は、第三者の信頼、婚姻生活の尊重ないし家事活動の円滑化を根拠とする。しかしそのアンチテーゼとして、この条文は個人の財産的独立を危険にさらすものであることも留意されなければならない。無意味に特有財産が危険にさらされることは少なくとも避けるべきである。

この三点にかんがみると、支払猶予や支払期間の延長が日常生活とは考えられない。まず、債務がいくら日常生活のために必要なものを買ったことに由来するとはいえ、すでに負債を負っている状態から出発するので家事活動の円滑化として考えられる範囲から外れていると考えられる。残りは第三者保護と財産的自律をどう解するかである。第三者にとっては、もしこの場合に日常生活の範囲外とされたとしても、申請者の分の効力は残すことができる（もし代理行為として行ったとしても無権代理人の責任は残る）。申請者には支払猶予の効果が認められ、申請しなかった配偶者には従来どおりの期限がきたとしたら、第三者にとって、管理上不利益ではある。しかし、申請行為が日常生活の範囲内に入るとしても、配偶者が申請の効果を自らにのみ限定することは可能なので、このような事態は最初から生じうるのである。しかも、この不利益によって第三者は利息収入を最初の予定より多く得る可能性を得ていることも忘れてはならない。したがって、この不利益は第三者にとって耐えがたいと評価するほどのものではないのではないか（4も参照）。もしそうであれば、支払猶予に関する能動代理権を肯定するかは、額の多少にかかわらず両配偶者にとっての利息の見積もり可能性をどの程度重要視するかにかかっている。婚姻したとたんに自分以外の者の行為によって自らの利息の計算もできなくなるというのは財産権の基本が侵されているとも考えられる。

こう述べると、そのほかにも日常生活行為が行われている以上自らの負担が計算できないのはあたりまえではないかとの反論が予想される。しかし、日常生活としてなんらかの婚姻に生かされるべき行為がなされる場合の負担と従来払わなくてもよかったはずの利息との性格の違いを考えると、やはり支払猶予に関しては個人の財産の見積もり可能性の方が優先されるべきである。各配偶者にとって利息計算の可能性を確保することは、夫婦の前に個人であることを考えれば財産的利益である。また両者が円満な関係である限りそれは両者にとってプラスのはずである。

3 代理と考えた場合の代理権消滅の可能性

本件事案では代理権の撤回のみが論じられているが、日本ではドイツと異なり表見代理の成立範囲が広いことも考慮しなければならない。代理と解する場合には、110条の類推適用可能性のみならずさらに112条の（類推）適用可能性が控えている。判例は法定代理にも代理権消滅後の表見代理を認める [47]。離婚後に民法112条またはその類推適用に脅かされる事態は避けなければならない。

4 連帯債務

連帯債務では保証と異なり、互いの債務者が独立した地位に立つ。

ドイツでは絶対効を持つ事項が履行、免除、債権者遅滞しか法定されておらず、それ以外は相対効を持つとされている（BGB 422～425条）。それに対して日本では、連帯債務者間に生じる事項は原則としてドイツと同様相対効しか持たないが、弁済およびそれと同視すべき事由のほかに、請求、更改、相殺、免除、混同、時効と、多くの事由が絶対効をもつ（434～440条）。そのような意味でも連帯債務者同士は日本ではそれほど遠い地位には立っていない。債務消滅事由が多いのは第三者側にとって不利ではあるが、それは一般の連帯債務同様甘受すべきである。

「夫婦共同生活の対外的単一性からみて、この連帯は、夫婦が全く同一内容の債務を併存的に負担し、しかも一方について生じた事由は両者について無制限に効力を及ぼす一種独特のもの」とする見解もある [48]。この見解に沿えば第三者にとっては非常に簡便であるが、一旦生じた債務にまで夫婦の対外的単一性を及ぼす必要はないのではないかと思われる。

V 結語に代えて

現在の判例通説を前提とする限り761条は二重の効果を背負っている。すなわち、代理による効果と法定効果である。両者は、場合によっては結び付けられ（たとえば代理でありながら顕名は不要であるとされる）場合によっては無意識に未分化のまま（たとえば受動代理のみの事案は考えられてこなかった）今まで扱われてきた。

約款と日常家事債務規定との違いを度外視してドイツ約款法の相互的代理に対する思考方法を日本の民法761条に応用してみたのは、約款法特有の約款被使用者保護を各配偶者の保護に置き換えることとケースの特異性により、法定効果と代理効果の分離と各当事者の立場の明確化を試みたいからであった。非常に安易ではあるが、761条は婚姻すれば基本的に誰もが避けられない規定であるだけに、約款の場合よりさらに慎重に個人の財産的独立に考慮する必要があるとの見方も可能である（もちろん逆の考えも可能である）。

特に、761条により代理権を認める場合には、相手方の単独行為の影響を双方が受けることになり、法定効果のみを認める場合にはこのようなことは生じないという点は、留意する必要がある。ただし、このケースでの代理的観点からの分析は、法定効果説に基づいて適用範囲を考える際にも示唆を与えよう。

また、同条の範囲を考察する場合には、婚姻生活の円滑な運営および第三者の保護も大事であるが、あくまで夫婦は別の財産主体であるという現代民法の前提も忘れてはならないと考える。離婚の前段階としての「同居別居」夫婦についても将来は視野にいれることになるう。

注

[1] BGHZ 108,98 = NJW 1989,2383 = BB 1989,1503 = DB 1989,2265 = DNotZ 1989,621 = EWiR § 9
AGBG 19/1989,837(Wolf) = JZ 1989,847 = LM § 164 BGB Nr.64 = MDR 1989,889 =
MittBayNot 1989,304 = NJW-RR 1989, 1206 = WM 1989,1086 = ZIP 1989,968 = WuB I F
4.4-89(Bruchner).

- [2] LG Nürnberg-Fürth Urt.vom 13.7.1987(BB 1987,1559 = EWiR § 9 AGBG 17/87 1051(Coester - Waltjen) = ZIP 1987,1381).
- [3] OLG Nürnberg Urt.vom 23.2.1988(NJW 1988,1220 = WM 1988,1188 = WuB I F 4.2-88(Weber) = ZIP 1988,363).
- [4] BGH Urt.vom 15.1.1988(BGHZ 103,72 = NJW 1988,1375). 二人の連帯債務者が共有している土地に土地債務を設定していたが、内一人が弁済した後の求償権に関する事例。他方債務者の口座のある銀行の約款に相互的な代理権が規定されていた。BGHはリスクが計算できないときには約款は制限されると判示した。
- [5] OLG Zweibrücken Beschl. vom 26.4.1983(MDR 1983,670). 第二被告たる元夫が、別れた妻の意思表示受領に対して受動代理条項の有効性を 10 条 6 号を根拠にして争った事例。
- [6] OLG Köln Urt.vom 23.10.1987(NJW-RR 1988,174 = WM 1987,1548 = WuB I E 1.-3.88 (Wolff))は、かなり高利の融資契約に関する事例である。高利そのものおよび訪問販売法の適用、そして約款の効力が争われた。約款については次のように判示された。通知を行いま受け取る代理権を定める約款について、425条と異なる特約は可能であり、その合意は黙示で、または行為の性質上おのずとなされる。また、婚姻が存在し婚姻夫婦が銀行に連帯債務を負う場合にこのような代理権を互いに授与することは、信義誠実に反した不適切な不利益ではないし重要な法規定の基本思想に合致しない行為でもない。さらに、離婚に至ったときにはこの代理権を撤回するかどうかは彼ら自身の問題である。Ⅲ 3 も参照。
- [7] OLG Frankfurt Urt.vom 16.9.1987 (EWiR § 9 AGBG 9/89,422(Allmendinger))は住宅ローンに関する事例である。申請前から夫婦は別居し、両者は別の住所を金庫に提出していた。融資決定の通知は夫にしか来ず、夫が履行遅滞となって初めて妻が請求された。判決の理由は、妻には融資許可が来なかったので消費貸借契約は妻との間に成立しなかったこと、融資約款の中には夫婦間の相互的な代理権が擬制されていたがこの条項は無効であること（この条項は代理と到達擬制の混合物である）、住宅金融金庫は契約当事者二人ともに意思表示をすることから解放されるので不適切であり、また各連帯債務者に通知しなくても解約できるのは425条2項の典型に反するからである。契約関係の契約関係の終了はその重要性において契約関係の成立と同様に考えられるべきであるので、包括的な代理権条項は法律的な典型にも反する。なぜならば、契約関係に影響する意思表示は住宅ローン約款によれば単に一人の契約当事者に与えられればよいとされていたからである。
- LG Berlin Urt.vom 13.7.1988(ZIP 1988,1311)は本件事例と同様、消費者団体による相互的代理条項の差し止め訴訟である。425条の相対効原則はAGBG 9条2項1号の基本的決定の一つであり、相互的な代理権を定める条項は正当な理由なしにこの原則から逸脱すると判示された。
- [8] Weber, WuB I F 4.-2.88; Staudinger/Coester, BGB, 13.Aufl., 1998, § 9 AGB-Gesetz, Rdnr.629.
- [9] Münchener/Basedow, BGB, 3.Aufl., 1993, § 10 AGB-Gesetz, Rdnr.67; Schlosser/Coester - Waltjen/Graba, AGB-Gesetz, 1977, § 9 Rdnr.139(Graba); Palandt/Heinrichs, BGB, 48.Aufl., 1989, § 9 AGB-Gesetz, Anm.7v; Palandt/Heinrichs, BGB, 59.Aufl., 2000, § 9 AGB-Gesetz, Anm. 143; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8.Aufl., 1997, Anh, § 9 bis 11 Rdnr. 921(Hensen); Staudinger/Schlosser, BGB, 12.Aufl., 1983, § 9 AGB-Gesetz, Rdnr.41; Soergel/Stein, BGB 12.Aufl., 1991, § 9 AGB-Gesetz, Rdnr.117; Wolf, EWiR § 9 AGBG 9/88, 525; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4.Aufl., 1999, § 9 Rdnr.V75(Wolf).
- [10] Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdnr.V75(Wolf).
- [11] Schlosser/Coester - Waltjen/Graba, § 9 Rdnr.139(Graba); 第一審判決。第一審判決は、BGB 425条

2項のためにAGBG10条6号は活かされるべきだと述べる。

- [12] Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdnr.V75(Wolf).
- [13] Schlosser/Coester - Waltjen/Graba, § 9 Rdnr.139(Graba); Wolf, EWiR § 9 AGBG 9/88,525; Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdnr.V75(Wolf).
- [14] Bruchner, WuB I F 4.4-89.
- [15] Wolf, EWiR § 9 AGBG 19/89, 837.
- [16] Weber, WuB I F 4. -2.88.
- [17] Staudinger/Coester, 13.Aufl., § 9 AGBG, Rdnr.629.
- [18] 対照的な裁判例として、賃貸借約款における受動代理条項に関するBGH Beschl.vom 10.9.1997(NJW 1997,3437)がある。BGHは、賃貸借の解約についての相互的受動代理を定める約款について、下級審(たとえばOLG Frankfurt Urt.vom 19.12.1991(NJW-RR 1992,396)は、賃借人間におけるすべての意思表示についての能動代理と受動代理を定める約款条項を無効とする)と多くの学説の反対にもかかわらず、これを有効と解した(賛成、Roth, JZ 1998, 250)。共同賃借人は「近い関係」にあるとし、第二被告は賃貸借契約締結直後に転出していたことのだが、共同賃借人である限りは一人に到達すれば全員に到達するのだから、むしろこの代理権は一人の転出後にこそ意味があること、共同賃借人は、転出している以上賃貸借を解約されても影響がないこと、いつでも代理権を撤回すればよいこと、残されたリスクは過大ではないことを根拠とする。
- 注17のCoesterの言う「近い関係」はこの判決の文言を指すものと思われる。
- ドイツの実情として、家族同士ではない者たちが共同賃借人として一つの住居を借りることは決して珍しくない。この事件でも被告は二人ではなく三人である。この判決の「近い関係」は必ずしも家族関係をさしているのではない点が興味深い。
- [19] OLG Köln Urt.vom 23.10.1987(NJW-RR 1988,174 = WM 987,1548 = WuB I E 1. -3.88(Wolff)). 事件内容は注6参照。
- [20] Wolf, EWiR § 9 AGBG 9/88,525. また彼はWolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 2.Aufl., 1989, § 9 Rdnr.V75でもこの問題に触れる。しかし注23も参照。
- [21] Ulmer/Brandner/Hensen, Anh, § § 9 bis 11 Rdnr.919(Hensen).
- [22] Schlosser/Coester - Waltjen/Graba, § 9 Rdnr.139(Graba).
- [23] 注20で述べたように彼の共著の第二版では円満な夫婦間では相互的代理条項は有効とされていたが、第四版の同所ではその叙述が消えているところから推測される。
- [24] OLG Frankfurt, Urt.vom 4.11.1981(NJW 1982,583). 賛成、Münchener/Kötz, BGB, 2.Aufl., 1984, § 9 AGB-Gesetz, Rdnr.48.
- [25] BGH Urt.vom 22.1.1991(NJW 1991,923).
- [26] Palandt-Heinrichs, 48.Aufl., § 9 AGBG Anm.7v; Palandt-Heinrichs, 59.Aufl., § 9 AGBG Anm.143; Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. § § 9-11 Rdnr.920(Hensen); Münchener/Kötz, 2.Aufl., § 9 AGBG Rdnr.48; Staudinger/Schlosser, 12.Aufl., § 9 AGBG Rdnr.41; Soergel/Stein, § 9 AGBG, Rdnr.117.
- [27] Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdnr.V75(Wolf).
- [28] Staudinger/Coester, 13.Aufl., § 9 AGBG, Rdnr.632. Coesterは、消費貸借を受ける行為についての相互的代理権は9条1項違反になるのみならずさらに3条の不意打ち条項にも反すると述べる。
- [29] 賃貸借の時にはBGHは受動代理を有効と解したが、能動代理はどうか。いまだBGH判決は出ていないようである。下級審ではLG Berlin Urt.vom 18.4.1983(MDR 1983,757)が、一人の共同賃借人が解約申

し入れをすると賃貸借全体が終了する旨の約款を無効と解した。また注18で引用したOLG Frankfurt 19.12.1991(NJW - RR 1992,396)も無制限の相互的代理権を定める条項を無効とする根拠として、賃貸借を終了させる意思表示を含むことを挙げる。Staudinger/Coester, 13.Aufl., §9 AGBG, Rdnr.631は賃貸借の解約に関する能動代理はBGB 425条に違反しないしAGBG 9条2項1号にも違反しないが、1項違反が問われるとする。

- [30] Wolf/Horn/Lindacher, §9 Rdnr.V75(Wolf). 夫婦間の受動代理条項は認めていることと対照的である。
- [31] Schlosser/Coester - Waltjen/Graba, §9, Rdnr.139(Graba).
- [32] Staudinger/Coester, 13.Aufl., §9 AGBG, Rdnr.632. ただし彼は、このような条項は夫婦か否かを区別していないからその時点で無効であると述べる。
- [33] OLG Köln Urt.vom 23.10.1987(NJW - RR 1988,174 = WM 1987,1548 = WuB I E 1.-3.88 (Wolff)). 事件内容は注6を参照。
- [34] 原審はこの点について触れない。
- [35] Wolf/Horn/Lindacher, §9 Rdnr.V75(Wolf). 離婚など個人的な事情の変更の際には代理権が撤回できる場合においても、連帯債務を発生させる効果を伴う白紙代理権は無効であると述べられている。
- [36] Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. § 9 bis 11 Rdnr.920(Hensen).
- [37] Staudinger/Coester, 13.Aufl., §9 AGBG, Rdnr.629.
- [38] Staudinger/Coester, 13.Aufl., §9 AGBG, Rdnr.632.
- [39] 翻訳の際には、大田武男他「西ドイツ家族法の現状」人文学報46号(1979年)152頁を参照した。
- [40] 拙稿「診療契約の家事行為性について - ドイツの議論にみる - 」東京商船大学研究報告(人文科学)第47号(1997年)91頁以下。
- [41] Lüke, AcP 178(1978), 19.
- [42] 代理形式でなされた借財と比べて、自己の名で行った借財が761条の適用範囲とされることはほとんどない。拙稿「家族債務の処理と夫婦の連帯責任 - 家族法と財産法の交錯 - (四) 完」名古屋大学法政論集138号(1991年)355頁以下注38、特に361頁。このことは、他人に債務を負わせるのみの行為は761条の本来的な範囲に入れられないという潜在的評価を体现していると思われる(III 2 参照)。日常家事の範囲の売買ならばある程度総額の予想がつくが、借財には際限がないからである。
- [43] この代理人と本人との関係は、夫婦に限らず、日本の代理判例全体が重要視してこなかった点である。すなわち、本人の帰責性を度外視するという形で、情報のやり取りの可能性を前提とせず広く表見代理を成立させる傾向にある。ただし、ドイツでも約款規制ではなく代理法の解釈としては、必ずしも代理人から本人への報告可能性を要求しない。
- [44] 相手方がどうしても配偶者の一人のみに意思表示をしたいとき、契約時に合意で一方配偶者に代理権を与えさせることができるかどうかは、検討の余地がある。特に、注18で引用したBGH Beschl. vom 10.9.1997のように、相手方があらかじめ別居したときのために代理権を確保しておくことができるだろうか。このBGH判決では他人同士であったためかえって転出を念頭においてこのような条項が可能であったのであって、夫婦の間では別居時の事情が多様に考えられることを考えると筆者は否定と解したい。
- [45] 中川善之助『親族法(上)』(1958年青林書院)242頁以下のように夫に遺棄された妻が日常家事の取引をした場合にも、761条の適用は否定されるものとする。家事債務の履行強制がうまく機能していないのは承知しているが、それはそれで解消すべき問題と考える。
- [46] 第三者が夫婦の一方のみの住所変更を知っている場合には、夫婦間の連絡がとりにくくなったということも第三者側のほうが考えてもおかしくはないであろうから、ここでは考察から除外する。
- [47] この問題を扱っていて現存する制度に関係するのは、大判昭和2年12月24日民集6巻754頁が最後かと思わ

れる。未成年者が成年に達した後に元親権者が行った代理行為に対し、大審院は民法112条を適用して第三者を保護した。これ以降この判決を否定する最高裁判決は出ていない。

[48] 我妻栄『親族法』（1961年有斐閣）109頁。